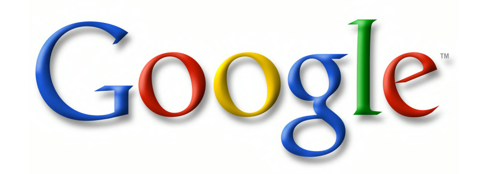
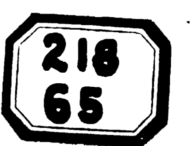
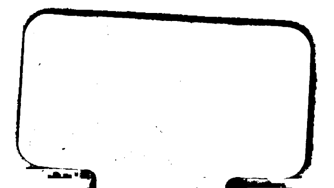




Pardo

Derecho Internacional Privado


218
65



Sr. Carlos Lorero.

15.

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN MARCOS

218
65

PRINCIPIOS

QUE

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ESTABLECE PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE LEYES

EN MATERIA DE MATRIMONIO.

TESIS SOSTENIDA

POR

JOSÉ PARDO.

AL OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN LA FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS.

LIMA.

Imp. del Teatro, 150—Mercaderes—150.

1885.

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN MARCOS

PRINCIPIOS

QUE

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ESTABLECE PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE LEYES

EN MATERIA DE MATRIMONIO.

TESIS SOSTENIDA

POR

JOSÉ PARDO.

AL OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN LA FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS.

IMA.

Imp. del Teatro, 150—Mercaderes—150.

1885.

PEDRO ROMERO—Regente del Establecimiento.

10/4/37

Señor Decano.

Señores:

Si son multiples los conflictos que se presentan por la discrepancia de las diversas legislaciones civiles; tratándose del matrimonio, esos conflictos son mayores en su entidad y por consiguiente mas difíciles para su solucion. Esto proviene de dos causas que no existen para las demás cuestiones de derecho civil, es la primera, que el matrimonio se considera hoy bajo dos aspectos: uno religioso, el sacramento; otro civil, el contrato; es la segunda que todo lo que al matrimonio se refiere, afecta al órden público y las buenas costumbres. Estas dos consideraciones tienen por su importancia, que dar lugar á mayor número de conflictos, al mismo tiempo que á hacer mas difícil su solucion; consideraciones son estas que no existen, tratándose de las demas instituciones de derecho civil. Si se trata de establecer las leyes que deben regir un acto jurídico cualquiera, se discutirá esta cuestion, respecto á la conveniencia que á los individuos resulte de sujetar ese acto, á tal ó cual ley; así como tambien se atenderá, á si ésta ley

está ó nó, en relacion con la misma naturaleza del acto que vá á regir.

Pero si se trata, por ejemplo de sí una nacion debe ó no permitir en su territorio, el matrimonio de una persona divorciada, segun la ley de su domicilio de orígen, ó segun la ley del domicilio de su última residencia, no se tratará esta cuestion solo, bajo el aspecto de la conveniencia que resulte á ese individuo, de la aplicacion de tal ó cual ley, ni tampoco bajo el aspecto de establecer una regla de acuerdo con su actual situacion. Hay que tomar en cuenta si al permitir el matrimonio de ese divorciado se ataca ó no el órden público; hay que tomar en cuenta si en el lugar se toleran ó nó los divorcios; hay que tomar en cuenta por último, si se infiere ó no un ataque á los principios religiosos de ese mismo lugar. Estas consideraciones influyen de tal modo que hacian muy diversa y aún opuesta en algunos casos las legislaciones en materia de matrimonios. Felizmente, el progreso de las ideas ha uniformado mucho las leyes en estos tiempos. No tenemos sino pasar rápidamente revista á las disposiciones de algunas legislaciones, para convenceros de ello.

En Francia desde la Constitucion de 1791 se secularizó el matrimonio considerándolo como contrato civil. El Código Italiano ha seguido la misma doctrina.

En Prusia y la Confederacion Helvética á partir del año 1874, el matrimonio civil es obligatorio, independiente de la ceremonia religiosa. En Rusia están *autorizados* los que no pertenecen á la Iglesia Griega para hacer regis-

trar su matrimonio. El Austria sigue la doctrina de la Francia. En Suecia no existe este principio como regla, establece la ley de 1873 el matrimonio civil obligatorio y potestativo. Es obligatorio, cuando los contrayentes no pertenecen á la religion nacional ni á una religion extrangera autorizada. Es potestativo, si uno de los contrayentes pertenece á una Iglesia autorizada, en este caso, se celebrará el matrimonio ó ante la autoridad civil ó segun los preceptos de esa Iglesia. La legislacion del Reino Unido en materia de matrimonios es bastante complicada. En medio de sus diversas disposiciones puede establecerse que en Escocia prevalece el carácter religioso sobre el civil. En Inglaterra, para los que pertenecen á la Iglesia Anglicana no existe el matrimonio civil; pero si para los que no pertenecen á ella.

En América, las naciones que últimamente se han ocupado de la materia, han establecido la saludable separacion de los dos aspectos; legal y religioso.

Pero aún dado el caso de que todas las legislaciones aceptaran esta distincion, no desaparecerían por entero, los conflictos que en esta materia pueden presentarse. Señalar los principios más generalmente admitidos para resolverlos, es de lo que me ocupo en este trabajo. Me alienta para darle principio, las inequivocas pruebas que de vuestra benevolencia tengo recibidas.

Las diversas cuestiones que se presentan pueden reducirse en homenaje á la claridad, á los siguientes puntos:

1º Ley que debe regir la capacidad de los contrayentes.

2º Ley que debe regir las formalidades del acto.

3º Ley que debe regir los deberes y derechos conyugales.

4º Ley que debe regir los deberes y derechos entre padres é hijos.

5º Ley que debe regir los bienes matrimoniales.

I.

LEY QUE DEBE REGIR LA CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES.

Del principio generalmente admitido de que la ley nacional acompaña á la persona, en cualquiera punto en que se encuentre, han deducido los publicistas que la misma ley nacional es la que debe regir la capacidad para el matrimonio, porque ésta, no es, sino un aspecto de la capacidad civil que rige aquella ley, deducida á su vez de éste raciocinio; los derechos civiles siendo independientes de la calidad de ciudadano deben gozarse porque hay necesidad y medio para ello, en cualquier punto en que se encuentren las personas; la ley debe determinar en proveeho de las mismas personas, cuando son capaces de ejercer por si mismas aquellos derechos; siendo diversas las disposiciones de las leyes hay necesidad de fijar un principio invariable que las rija, porque no es racional que una persona sea en un pais capaz y que no lo

sea en otro; en la necesidad de someter la capacidad, á una ley invariable, la ley nacional es la que debe regirla porque entre los principios á que puede sujetarse, es el ménos variable.

El Código Civil Italiano y el tratado celebrado por el Congreso de Juristas Americanos han adoptado aquellas reglas (art. 10). La admision de ésta doctrina hace indispensable, que aquel que desee contraer matrimonio, acredite, que segun su ley nacional, tiene capacidad para ello.

El tratado que acabo de citar establece, que esta prueba debe hacerse ante la autoridad que la ley local designe (art. 11), el Código que acabo de mencionar es mas esplícito; estableciendo, que deben hacerse publicaciones en la patria del extrangero si residia en ella ó en su último domicilio; ésta medida ofrece una garantía mucho mas sólida, que la simple prueba ante un funcionario.

El principio admitido de someter la capacidad á la ley nacional, no es tan simple como á primera vista parece, ni evita ni resuelve, como vamos á verlo, los conflictos que pueden tener lugar.

Sabido es que son dos los sistemas que generalmente han adoptado las leyes, para salvar al matrimonio de las desgracias y calamidades, de que no está exenta ninguna institucion humana, por sagrados que sean los vínculos que la constituyan.

Estos sistemas son: el divorcio, y la separacion de cuerpos. Sistemas que dan lugar á conflictos bastante complicados.

¿Un extranjero divorciado segun su ley nacional podrá contraer matrimonio en un pais en dónde se siga el sistema de la separacion?

Segun la autorizada opinion de eminentes juristas, sí, porque ese divorciado está en aptitud de contraer nuevas nupcias y estableciendo éste sistema su ley nacional, puede contraer matrimonio en cualquier parte. El señor Pradier Foderé que acepta ésta doctrina la refuerza diciendo: «todo lo que contribuya á facilitar matrimonios es saludable bajo el punto de vista de la economía política y de la moral.» Nos permitímos no creer exactos éstos juicios.

La vigencia del estatuto personal no puede llevarse hasta el punto de alterar el órden y la moralidad local; altera á aquel y afecta á éste el permitir el matrimonio del divorciado, porque las leyes que admiten la separacion consideran indisoluble el matrimonio y rechazando el divorcio, rechazan el matrimonio del divorciado.

¿Como puede ser moral que una ley permita el matrimonio del divorciado, cuando segun esa misma ley no lo puede estar, porque el vínculo matrimonial lo considera indisoluble? En éste caso el imperio de la ley nacional está limitado, por las leyes de órden público del lugar.

No por ésto, debe solucionarse del mismo modo la situacion inversa, es decir permitir en un país dónde el divorcio esté admitido, el matrimonio de un extranjero separado de cuerpos segun su ley nacional. Esto es inadmisible, aunque se alegan á favor de ésta opinion idénticas consideraciones, en lo que se refiere al órden público. En efecto, se dice, las leyes que establecen

el divorcio lo hacen porque consideran inmoral el sistema de la separacion, que obliga hasta cierto punto á que cada cónyuge se entregue por su lado á un concubinato. Y ¿para qué conservar un vínculo que solo existe en la mente de los filósofos? porque en la situacion en que se encuentran dos separados de cuerpos no pueden sacar ningun elemento de reconciliacion, léjos de ello, muchos sí, para aumentar los ódios y rivalidades anteriores. ¿Para qué conservar pues ese vínculo? Permítasele un nuevo matrimonio al separado de cuerpos, se le salvará de éste modo de las consecuencias á que puede llevarlo el aislamiento, en que lo coloca la ley. Concluyen diciendo, entre los separados de cuerpos hay que admitir la inocencia de uno, ¿puede ser mas inmoral la situacion en que lo coloca la ley imponiéndole un mal cuando no ha hecho sino cumplir sus deberes matrimoniales?

Sin desconocer la fuerza de éstos argumentos, no podemos admitir su conclusion, porque no se ha tomado en cuenta un término: las garantías del matrimonio. Efectivamente con un simple cambio de frontera se burlarán las mejores esperanzas, cifradas en el respeto que se debe á las leyes vigentes; ¿qué sería de éstas si se permitiese burlar su imperio con atravezar las fronteras? Sin embargo es la consecuencia que tiene que aceptar el ilustre Foderé por favorecer nuevas uniones. Por ésto estamos en éste caso por la vigencia de la ley nacional.

Otra excepcion á esta regla tiene lugar si esa ley nacional permite la poligamia ó la polian-

dria; entónces su vigencia está limitada como en el primer caso por las leyes de órden público del país.

Puede presentarse, la cuestion de saber, si una persona cuya ley nacional no le permite el divorcio, se hace naturalizar en un país que lo permite, ¿podrá obtener en este país la disolucion de su matrimonio? Casi todos los publicistas convienen en la afirmativa fundándose en que cambiando con la naturalizacion la ley nacional, cambian tambien las leyes que regían, para dar lugar á las de la nueva patria.

Esta argumentacion que indudablemente es correcta, no puede admitirse de un modo absoluto, porque como es sabido, la naturalizacion del marido arrastra la de la mujer y como no se toma á ésta el consentimiento, para el cambio, se deja completamente á la buena fé del marido, la subsistencia del matrimonio, pues con un cambio de nacionalidad, someterá su matrimonio á una legislacion, que permita el divorcio. Para admitir pues la doctrina, hay necesidad de establecerla condicionalmente: siempre que la mujer haya aceptado el cambio de nacionalidad.

Una nueva cuestion se presenta entónces, ¿los nuevos tribunales admitirán como causales, para la disolucion del matrimonio hechos anteriores al cambio de nacionalidad? Generalmente se cree que, no porque el divorcio mas que todo es un castigo y habiendo tenido lugar la falta en otro país, los nuevos Tribunales no pueden castigarla; pero que sin embargo, podrá hacerse uso de ella como base de apreciacion.

Pero fundar el divorcio en que es un castigo, es destruir el sistema; su efecto es diametralmente opuesto. El verdadero fundamento del sistema se deduce, de la necesidad que hay de poner fin á las desgracias que sobrevengan á los matrimonios, cualquiera que sea el lugar en que se hayan realizado. La mira de la ley no es castigar, es remediar un mal, por consiguiente, no puede negarse que los nuevos Tribunales, puedan fundarse en hechos realizados, bajo la jurisdiccion de otros Tribunales. Esto es muy secundario; los hechos han tenido lugar; la vida comun se ha hecho imposible, por consiguiente, existe la necesidad de poner término á una situacion insostenible.

En síntesis ¿á qué ley se deberá atender para resolver todos los conflictos que en ésta cuestion se presentan? Si es á la ley nacional tendrá que permitirse el divorcio, cuando ésta lo establezca, con perjuicio del órden público del lugar; si es á la ley del lugar, tendrá que permitirse el divorcio de un matrimonio, celebrado bajo el imperio de la separacion.

Nosotros estamos por la vigencia de la ley nacional con dos limitaciones; 1º necesidad de conservar el órden público del lugar: 2º necesidad de conservar el vínculo matrimonial, en homenaje á la ley bajo cuyo imperio se realizó. Esta limitacion es indispensable porque la separacion de cuerpos no está exenta de ser atacada como contraria al órden público. En apoyo de la primera limitacion citarémos el artículo 17 del tratado del Congreso de Juristas que dice: «El matrimonio disuelto en otro país con

arreglo á sus propias leyes y que no hubiera podido disolverse en la República, no habilitará á los conyuges para contraer nuevas núpcias.»

Tratando de la capacidad de los contrayentes debemos fijar los principios, que deben regir en materia de impedimentos ó prohibiciones que fijan las leyes para contraer el matrimonio. Estas pueden afectar la capacidad para contraerlo ó determinar simplemente; las formalidades necesarias para su validez. Los primeros tienen cierta trascendencia, de que carecen los segundos.

Esto dá lugar á la diferencia que hacen todos los tratadistas distinguiendo á los primeros con el nombre de impedimentos dirimentes y á los segundos impedientes. Siendo diversa la naturaleza de estas dos clases de impedimentos sus efectos tienen necesariamente que ser distintos. Así, los primeros anulan el matrimonio contraido; los segundos no lo anulan, originan una pena correccional. Si en éstos principios se apoyasen, las leyes para clasificar los impedimentos, muy clara seria la regla para resolver los conflictos, que aún tendrian lugar porque es diverso el número de impedimentos que cada ley fija. Para los impedientes se señalaría la ley del lugar, por ser mera formalidad que no afecta la capacidad; para los dirimentes la ley nacional, en lo que no se opusiese al órden público del lugar; lo primero porque es cuestion de capacidad, lo segundo porque el órden público del lugar es siempre el límite de toda ley extrangera, segun lo tenemos demostrado.

Pero en algunas legislaciones no se estable-

blece la distincion de los impedimentos, bajo la base que acabamos de apuntar; se hace necesario alterar la claridad de las reglas anteriores, estableciendo una distincion entre los impedimentos impedientes, que afectan la capacidad, de los que signifiquen meras formalidades, para estos conservaremos el principio de la ley del lugar; para aquellos haremos extensiva la ley que señalamos para los impedimentos dirimentes propiamente dichos. Este es el único modo de salvar la deficiencia de aquellas clasificaciones.

La *oposicion* al matrimonio está intimamente ligada á la cuestion de capacidad, porque en casi todos los casos significa, que el contrayente debe solicitar el permiso de personas determinadas; si no lo solicita tienen estas el derecho de oponerse. Aquel permiso es un complemento de la capacidad.

Nuestro Código reconoce el derecho de oponerse, al matrimonio de los menores, en determinados casos, al padre á falta de éste á la madre. Si éstos han muerto á los ascendientes en el mismo órden y en defecto de éstos, al Consejo de familia.

Para el matrimonio de los mayores solo puede oponerse, aquel con quien se celebraron esponsales.

Otras legislaciones permiten la oposicion hasta aún cuando los hijos hayan llegado á la edad competente para casarse. Así sucede en Francia.

La ley italiana reconoce en los parientes de la viuda, que quiera casarse ántes de los diez meses de viudedad, el derecho de oponerse á su matrimonio.

La ley federal Suisa de 1874 y la alemana de 1875 circunscriben la oposicion al matrimonio de los menores. En la última de Baden, existe la doctrina de Francia y de Italia.

La ley aplicable en materia de oposicion, tiene que ser la ley nacional, porque el consentimiento de las personas que tienen derecho para oponerse, es el complemento de la capacidad del contrayente. Sus Tribunales serán los que se ocupen de ventilar ésta cuestion, tanto porque es fijar capacidad, lo que indudablemente corresponde á la ley nacional, cuanto por la dificultad material para ventilarla en el extranjero ya porque los Jueces no conocerán los pormenores de esa ley; ya tambien porque es natural que estén en la nacion á que pertenece el extranjero, los parientes que deben intervenir; lo que haría lenta y deficil la tramitacion en otro lugar.

II.

LEY QUE DEBE REGIR LAS FORMALIDADES DEL ACTO.

Indudablemente es la ley del lugar. En ésto están de acuerdo todos los tratadistas, porque seria muchas veces imposible llenar las formalidades exigidas por su ley nacional. Así, los trámites para la celebracion del matrimonio, la autoridad ante la cual se debe contraer; todo esto queda bajo el imperio de la ley del lugar. Pero si los contrayentes se han ido al extranjero para eludir una formalidad odiosa exigida por su ley nacional ¿subsistirá el imperio de la ley

del lugar? El señor Foderé apoyando la doctrina de Fiore estaria por la afirmativa, contra la opinion de Savigny que rechaza la vigencia de la ley del lugar. Otro jurista acepta un temperamento saludable, dice: es preciso dejar al Juez un poder discrecional para el efecto de apreciar segun las circunstancias, si la consecuencia del fraude, debe ser la nulidad del acto ó una pena de otra naturaleza.

El principio de la vigencia de la ley del lugar, para reglamentar el matrimonio está contenido en el artículo 158 de nuestro Código Civil. Sin embargo; para el matrimonio que se celebra en la República, exige las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio de Trento. Pero al que quiera evadir éstas formalidades, le bastará irse á un país donde exista el matrimonio civil, regresar al Perú, donde su matrimonio será válido conforme al artículo 158, siempre que haya sido registrado como lo exige el artículo 159. Pero no solo es éste, el efecto que produce el artículo 156, que establece para la celebracion del matrimonio las formalidades dictadas por el Concilio de Trento. No; existe otro de mucha mayor trascendencia. Todos los matrimonios celebrados en el Perú, por no católicos, no son para la ley civil, sino concubinatos. Este es el resultado de no distinguir en el matrimonio, su aspecto religioso, de su aspecto civil; el Sacramento, del Contrato. Para salvar éstos inconvenientes se celebran los matrimonios entre extranjeros y aún entre un extranjero y un *peruano*, ánte los Agentes diplomáticos. Esta práctica ha sido muy general en

todas las naciones, pero en el dia va desapareciendo, ya por reclamos de los gobiernos como el que hizo el Austria á la Italia y que consiguió que se derogase una práctica que no tenia mas apoyo que «una titulada extraterritorialidad;» ya tambien, por el modo como se ha generalizado el matrimonio civil, siendo hoy muy pocas las naciones que se muestran reacias, á ésta provechosa formalidad. Respecto á las disposiciones en que se apoyan los agentes diplomáticos y cónsules extranjeros, para celebrar matrimonios de sus nacionales y aún de los celebrados con peruano, (en esto casi ninguna nacion consiente) no encontramos otra, que la contenida en un tratado, que no está en vigencia: el artículo 8 del tratado celebrado por el Congreso de Juristas dice: «La validéz del matrimonio para los efectos civiles se juzgará por la ley del lugar en que se ha celebrado. Se reputará tambien válido para los mismos efectos, el matrimonio contraido por un nacional en el extranjero ante el Agente Diplomático ó Cónsular con arreglo á sus leyes» (art. 8). Para concluir ésta parte, no omitiremos citar otra disposicion del mismo tratado, conveniente en la practica, aunque en teoria contraria con el principio que nos ha ocupado. Dice: «El matrimonio celebrado segun los canónes de la Iglesia Católica producirá efectos civiles en la República, aunque no los produzca en el lugar en que se contrajo.»

III.

LEY QUE DEBE REGIR LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES.

Perpleja queda la inteligencia Señores, al contemplar la diversidad de opiniones, que existen para resolver esta cuestion; mencionaremos las principales, para procurar en seguida emitir algun juicio acerca de ellas.

El Señor Savigny piensa que todas las relaciones jurídicas que del matrimonio nacen, deben ser regidas por la ley del domicilio; el Señor Foelix crée, que la ley nacional de los contrayentes ó sea la del marido, es la que debe regir las relaciones que el Señor Savigny somete, á la ley del domicilio del marido. Un grupo de publicistas opinan á su vez, que no es la ley nacional de los contrayentes, ni la ley local del domicilio del marido, sino que, las relaciones jurídicas cuya fuente es el matrimonio, deben ser regidas, por la ley á la cual se han referido los contrayentes. Apoyan su doctrina, en que el matrimonio es un contrato, que como tal, cuando es legalmente formado, tiene para los que lo han celebrado, fueza de ley; que por consiguiente, al celebrarlo se han referido á una ley, ésta es la que se deberá cumplir. Concluyen, que si no existe referencia expresa á ley determinada, debe considerarse, como tácitamente obligatoria, la ley del lugar en que aquel contrato se celebró.

El Señor Savigny cuya doctrina es la de Story, la adoptada por el Código Civil Argentino y la

establecida en el Derecho privado del Estado de Luisiana, funda su doctrina; en que siendo el marido el Jefe de la familia, el vínculo jurídico que con el matrimonio se establece, nace en el domicilio del marido; por consiguiente la ley del domicilio de éste, es la que debe regir el derecho local del matrimonio.

Foelix cuyas ideas siguen Laurent, Brocher, Mazzoni y nuestro antiguo Decano, y que están admitidas en parte en el Código Civil de Italia definden á su vez su doctrina diciendo: « Cual quiera que sea el lugar donde se halle domiciliado el marido al tiempo en que contrae su matrimonio, en tanto que el marido es miembro de una nacion, la nueva familia que se forma, pertenece á esta nacion y los hijos que pueden nacer, nacen en general, ciudadanos de esa patria. ¿Cuál es pues la ley que tiene derecho para reglar el matrimonio, si no es la ley nacional del marido, bajo cuya proteccion existen civil y jurídicamente, la nueva familia que se forma y los miembros que le pertenecen?

Fijemos algunos principios que nos podran servir de *criterium* para apreciar tan opuestas opiniones.

Las relaciones jurídicas que se derivan del matrimonio, pueden separarse en dos grupos con caractéres bien distintos: relaciones meramente privadas, relaciones de un carácter público; las primeras solo afectan á sus miembros, las segundas hieren é influyen en el órden público, por consiguiente, afectan á la sociedad toda; que la mujer goce de la 4ª ó 3ª parte de los bienes del marido, como porción conyugal

es cuestion meramente privada: concedér al marido cierto poder correccional sobre su mujer, sería cuestion de órden público.

Ahora bien, relaciones de un carácter tan opuesto, no pueden ser regidas por una misma ley; por sostener este principio tan absoluto, pecan las tres opiniones que ántes hemos tratado de exponer.

Efectivamente, ¿Cómo puede someterse al imperio de la ley del lugar, en que se celebró el matrimonio, muchas relaciones que de éste se derivan y que afectan directa y abiertamente las leyes del domicilio de ese matrimonio? Admitir esto, serír consentir en que, el órden público de una Sociedad, es secundario ante la extraterritorialidad de las leyes que rigieron la formacion de un contrato; lo que es opuesto á la razon. Estas consideraciones son pertinentes, á la opinion que sostiene la vigencia de la ley nacional del marido, para regir las relaciones de los cónyuges. No hay ni puede haber motivo suficiente, para hacer desaparecer ante el cumplimiento de las leyes extranjeras, las que son de órden público de una sociedad, sea aquella ó la ley nacional del marido, ó sea la ley á que se sometieron, los cónyuges expresa ó tácitamente al celebrar su matrimonio.

Dada la diferencia que existe, entre los derechos que con el matrimonio se originan, tampoco encontramos razon suficiente, para hacerlos regir esclusivamente por la ley del domicilio. Asi como segun la opinion anterior, quiere hacerse prevalecer la ley extranjera, sobre la ley del domicilio, asi tambien esta opinion, por la vigen-

cia de la ley del domicilio, quiere hacer desaparecer la vigencia, en muchos casos necesaria de leyes extranjeras. Por esto afirmaba que las tres opiniones pecaban por lo absoluto de sus principios.

Es evidente, que tratando de establecer los principios, que rijan los derechos civiles del hombre, debe estarse por establecer un principio, fijo, porque conducido á diferentes comarcas, no puede estar cambiado en el goce de sus derechos, tantas veces, como pueblos distintos recorra; con tanta mas razon, cuanto que, es conocida la diversidad que existe siempre en materia de legislaciones, que aunque no existe en sus principios fundamentales, existe si en sus pormenores, lo que es suficiente para ocasionar serios perjuicios.

En este punto, la doctrina de Foelix aventaja á las otras, porque si se trata de establecer el principio ménos variable, lo es la ley nacional, porque el domicilio no está exento de cámbios numerosos y frecuentes, porque cada dia es más fácil la comunicacion entre los pueblos.

Establecer como norma de principios, la ley del lugar de la celebracion, es derivar de un hecho accidental y secundario, leyes de un órden mucho mas elevado.

Esta doctrina contribuiria tambien, áfacilitar el que se eluda el imperio de las leyes nacionales, con dar un paso á la frontera.

De lo dicho podemos deducir que la verdadera opinion será la que concilie las leyes de órden público, con la vigencia del principio ménos variable.

A éste resultado ha llegado el Código Civil Italiano, que establece, con las debidas reservas, relativas á los deberes conyugales, que afectan el órden público del lugar, la fuerza y vigencia del estatuto personal para lo meramente privado. Preferible es establecer dos leyes, cuando en realidad, son dos órdenes distintos, de relaciones, las que tienen que normar, á hacer desaparecer las leyes de órden público, como sucederia en los sistemas de la ley nacional, ó de la ley del lugar del contrato, ó á establecer un principio variable, como lo hacen los que defienden la ley del domicilio; cuando son estables las necesidades que lo motivan.

Aunque á mi modo de ver, es clara esta argumentacion y saludables los principios que de ella se deducen, no han sido admitidos por el Congreso de Juristas que venimos citando, por su importancia especial, para las naciones signatarias, y por ser el primero, en su género, que se ha reunido; prevaleció en él, la doctrina del Código argentino. Su artículo 13 dice: « Los derechos y deberes personales, que el matrimonio produce entre los cónyuges y entre estos y sus hijos serán regidos por la ley del domicilio matrimonial; pero si éste variase se regirán por las leyes del nuevo domicilio.»

En la discusion de este tratado, se adujo en favor de este artículo, consideraciones derivadas del temor de que, al adoptar el principio contenido en el Codigo Italiano, las familias extranjeras constituyan grupos, en que reinen legislaciones diversas y aun opuestas entre sí; «es preciso procurar, que esas familias se adhieran

en cuanto sea posible á nuestro régimen civil para que al fin lleguen á mirar á la América como á su patria adoptiva.»

No creemos que son fundados estos temores; la emigracion que viene á América, se asimila por completo con la razá americana y no puede ser de otro modo, desde que está con ella en roce continuo, si no existiese este roce constante habria el temor de que las razas europeas formasen en nuestro suelo colonias más ó ménos numerosas y que ofrecerian un peligro para los estados Americanos.

Donde si vemos una dificultad grande, para que en ese Congreso, se adoptase la doctrina que sostenemos, es en la disposicion constitucional, que existe en todos los Estados hispano americanos, y que hace derivar la nacionalidad, del solo hecho del nacimiento. Este principio origina conflictos de los que nos ocuparemos dentro de poco tiempo.

IV.

LEY QUE DEBE REGIR LAS RELACIONES ENTRE PADRES É HIJOS.

Esta cuestion, tan intimamente relacionada con la anterior, recibe tambien idéntica solucion: en todo lo que no altere el órden y las buenas costumbres locales, debe imperar con libertad la ley nacional, pero inmediatamente que toque, á los principios de órden público, prevalecerá la ley del lugar.

Momento es éste, de tratar de los conflictos

que originan la disposicion de nuestra Constitucion, que establece, para la nacionalidad de los hijos, el nacimiento en el territorio. No es ésta la doctrina generalmente admitida; se dice con sobrada razon ¿como puede prevalecer sobre los vínculos de la sangre, sobre los afectos que ligan á los hijos para con sus padres, el hecho tal vez accidental, de nacer en lugar determinado?

El Código Civil Italiano no admite la doctrina de nuestra Constitucion; segun él, serán italianos los hijos que nazcan de padres italianos que en el Perú, segun nuestra ley, serán peruanos. Por la contradiccion de estos principios, pueden presentarse conflictos, que para su solucion, hay que averiguar cual será en realidad, la ley nacional del hijo. ¿Será la ley del lugar de su nacimiento? ó ¿será la ley nacional del padre? Estamos por esta segunda opinion, tanto porque durante la menor edad no tienen casi fuerza alguna, los vínculos con la tierra del nacimiento, como porque admitir la doctrina contraria, seria tomar por punto de partida un hecho secundario y tal vez accidental. Por lo demás, la libertad de naturalizacion puede complementar ésta solucion, porque si ese niño ha crecido y se ha formado, en el país en que nació, han nacido y se han robustecido tambien los vínculos que lo unen á él.

Respecto á la *investigacion de la paternidad*, el principio generalmente admitido es: que siendo de órden público las leyes que prohiben la investigacion de la paternidad, no debe permitirse el imperio de la ley nacional del padre, si

la permite; esto no obstante, creemos, que una vez declarada la paternidad debe tener efecto en el pais, annque esté prohibida, tanto porque no es racional que pueda ser y no ser hijo de determinado padre, cuanto porque, habiéndose seguido la invesgacion en el extranjero, las leyes de órden público locales, no han sido atacadas.

En cuanto á *legitimacion* nos encontramos con cuatro opiniones distintas. Creen algunos, que la ley de domicilio del padre, es la que deba regirla; otros opinan, que debe ser la ley del lugar, donde se celebró el matrimonio; no pocos piensan, que la ley del lugar del nacimiento; los más defienden, que debe ser la ley nacional del padre.

Esta opinion parece la mas fundada; partir de la ley del lugar del acto ó de la del nacimiento, es partir de hechos accidentales como lo hemos dicho antes.

En cuanto á la ley del domicilio, se le objeta diciendo: que el domicilio no es un principio fijo, y que si se atiende á él, en los casos en que esté domiciliado en paises como Inglaterra, cuya legislacion no permite la legitimacion, esta no se podria verificar.

La ley nacional del padre, es además la ley que norma las relaciones de la familia, y siendo la legitimacion consecuencia del matrimonio, debe someterse al mismo principio.

¿Pero la legitimacion, y en general el reconocimiento del hijo por parte del padre lo hará perder su nacionalidad? Esta cuestion puede tener una gran importancia. Por ejemplo: tra-

tándose del derecho á la dote; la legislacion francesa no la reconoce en las hijas; figurémonos que habiendo nacido en un pais, cuya legislacion la establece, su padre, siendo frances, tendrá el derecho de no dotarla, ella habiendo nacido en el Perú por ejemplo, sería peruana y tendria el derecho á ser dotada, ¿por el hecho de haber sido reconocido por su padre perderá su nacionalidad? Mucho discuten los tratadistas para resolver este conflictto. La mayoria y los mas notables, sea dicho de paso, creen que el reconocimiento del padre arrastra al cambio de nacionalidad del hijo; los contrarios se fundan en que el reconocimiento no se cuenta generalmente entre los medios de perder la nacionalidad y que no debe permitirse á un extranjero, arrancársela. El señor Pradier Foderé defiende una tercera opinion «esperar á que el menor tenga la capacidad suficiente, para pronunciarse con conocimiento de causa y con entera libertad. »

El Señor Foderé parte del sólido principio de la diferencia que existe entre los deberes y derechos, entre padres é hijos, de los que hay para con la patria, destruyendo asi, la argumentacion del Señor Fiore que alega que, desde que el hijo toma hasta el nombre del padre, debe tomar tambien su nacionalidad.

Pero ¿por qué solo se toma en consideracion los derechos del padre? ¿por qué no se ha de esperar, hasta que el hijo pueda escojer por patria, la que mejor le plazca?

Por lo que se refiere, á la necesidad absoluta, como dice el Señor Fiore, de que pertenezca

á alguna nacion, creemos que no es necesaria á los primeros años y si puede presentarse conflictos, como para el caso en que desee contraer matrimonio y haya necesidad de ventilar, la oposicion de los padres, la dote, ect. ya entónces, está en aptitud de poder escojer una patria; eleccion que salvaria aquellos conflictos.

Antes de pasar al importantísimo derecho que tienen los hijos, de suceder en los bienes del padre, debemos dedicar un momento al modo de resolver las cuestiones que pueden presentarse con motivo de la *adopcion.*

En este punto, de que solo nos ocupamos para no hacer mas incompleto este trabajo, es general la doctrina: la ley nacional del adoptante, regirá los derechos de este y sus deberes para el adoptado; ley nacional de éste, para regir los mismos con su familia natural; ley del lugar para formalidades externas.

Uno de los derechos que casi todas las legislaciones reconocen á los hijos, es el de heredar los bienes de su padre; correlativamente á este derecho es la obligacion forzosa que éstos tienen de dejar á su muerte parte de sus bienes á sus hijos. La discrepancia entre las diversas legislaciones, al determinar la parte que corresponda á los hijos, da lugar á confictos de díficilisima solucion. Tomemos como ejemplo, un inglés, cuyo hijo naturalizado y domiciliado en el Perú, se encuentra á la muerte de su padre que éste, cumpliendo la disposicion de su ley, se ha limitado á dejarle un shelling de su cuantiosa fortuna. ¿Podrá éste hijo, ciudadano del Perú, invocar la ley peruana, que le concederia

por lo ménos, las cuatro quintas partes de la herencia?

Si el hijo de este inglés se hubiese hecho ciudadano italiano, ya podria desesperar de su suerte, pues el Código de Italia, establece como principio, que rige en materia de herencia, la ley nacional del testador, cualquiera que sea el pais en que se encuentren sus bienes, ya sea tratándose de herencia testamentaria ó de herencia legítima.

La Rusia y la Alemania en su tratado de 1874 sostienen la misma doctrina, pero distinguen los inmuebles, de los valores mobiliarios, fijando para éstos, la ley nacional; para aquellos la ley de su situacion.

En nuestro Código, como sabemos, no se hace esta diferencia y se atiende solo á la situacion de los bienes, sean muebles, ó inmuebles, teniendo el extranjero, que los tenga en el Perú, que someterse al Código Civil aunque teste fuera del Perú; si los tiene fuera y testa en el Perú podrá arreglarse á las leyes del país, don de los tenga, ó á las del de su nacimiento; pero si tiene un establecimiento al por mayor en el Perú, entónces no podrá testar conforme al pais de la situacion de sus bienes, pero si lo podrá hacer, conforme á las leyes del país de su nacimiento con tal que no tenga herederos forzosos en el Perú, pues aunque tenga sus bienes fuera, tendrá que someterse á las leyes peruanas (articulos 692—695 del Código Civil.)

Segun la doctrina aprobada en el Congreso de Juristas, el extranjero podrá testar conforme á su ley nacional, ó la de su domicilio; pero sus

disposiciones no tendrán efecto sobre bienes (sean muebles ó inmuebles) existentes en la República, si son incompatibles con la Constitucion Política, con las leyes de órden público ó con las buenas costumbres; pero sus herederos peruanos tendrán en su sucesion, los mismos derechos, que tendrian en la sucesion de un peruano, derechos que los haran efectivos, en los bienes situados en el Perú.

Si variada es la doctrina de las leyes, lo sé tambien la de los publicistas; gran parte de ellos, defienden la doctrina contenida en el Código Italiano; otro grupo, no ménos numeroso, acepta la distincion establecida en el tratado de Rusia y Alemania.

Por lo que respecta, al caso que propusimos al principio, una consideracion nos bastará para desvirtuar la doctrina de nuestro Código Civil ¿pueden los extranjeros tener en un pais mejor derecho que los nacionales? el hijo del inglés hecho peruano, no podria por el hecho de ser peruano, estar en mejor condicion que sus otros hermanos ingleses Esto prescindiendo de toda argumentacion relativa á la ley que debe regir la herencia.

Tratemos de exponer los argumentos de las dos escuelas.

Laurent, Savigny, Fiore, Mazzoni, Bertauld, están por someter la herencia, á la ley nacional prescindiendo de la ley de la situacion de los bienes; argumentan asi «Para la ley, la sucesion es la manifestacion de una sola voluntad, la del testador, todas las legislaciones consideran la sucesion, como una universalidad de bienes, aten

diendo á la *lex loci sitae rei*, es romper esa unidad y establecer principios diversos, que aun pueden ser opuestos, además, si no se atiende á todas las leyes, en que se encuentren estos bienes si están en distintos puntos, no se podrá tomar la ley de la situcion del mayor número, porque tanta consideracion merece la mayor, como la menor parte.»

El Señor Fiore dice: que como la herencia intestada es un testamento presuntivo que hace la ley, admitir la ley de la situacion, es presumir tantas voluntades como lugares distintos ocupen esos bienes. Esta doctrina cuenta para su triunfo, con la coperacion de los tratadistas alemanes encabezados por Mitermaïer.

La otra escuela cuenta tambien con notables publicistas: Foelix Demageat y Massè, figuran en primera línea.

Para éstos, los principios fundamentales en materia de sucesion, se derivan de la organizacion social de cada pais y obedecen á miras políticas, consideraciones bastante poderosas, para rechazar en materia de sucesion, el efecto de leyes extranjeras; porque además esos bienes radicados en el territorio forman parte de él, es decir, forman parte de la base material del Estado, cuya subsistencia se encuentra asi, íntimamente ligada á la suerte de los inmuebles que componen ese territorio.

Pero si se tiene en consideracion que no es tan absoluta la doctrina contraria, como á primera vista parece; si se tiene en consideracion, que aun sosteniendo el principio de la ley nacional, se limita su imperio, á que no ataque el

régimen de la propiedad del pais de la situacion; si se tiene en consideracion, por último, que se limita su imperio á que no ataque los principios de órden público y conveniencias sociales, relativas á personas incapaces de adquirir, no podrá desconocerse la superioridad de doctrina de la primera escuela.

El Congreso de Juristas Americanos, que se manifestó tan celoso por conciliar los principios liberales que establece hoy la ciencia, con la proteccion que la ley acuerda, á sus nacionales, estableció esos principios en materia de herencia, pero con las limitaciones que antes hemos apuntado y aún fué mas allá, porque en la sucesion intestada, concedió el imperio de la ley patria del dueño difunto, sin olvidar la proteccion á sus nacionales, comprendida en las limitaciones que señala, al tratar de la herencia testamentaria. Pero á falta de parientes, que segun aquella ley tengan derecho á la herencia, los hace pasar al soberano territorial, apoyándose indudablemente en el *jus revertendi.*

Tratar de otras cuestiones que se presentan en materia de herencia, nos sacaria de los límites que nos hemos trazado.

Para terminar ésta ya larga tésis, nos resta ocuparnos de las leyes que deben regir los bienes matrimoniales.

V.

LEY QUE DEBE REGIR LOS BIENES MATRIMONIALES.

Tres son los sistemas mas generalizados para reglamentar los bienes matrimoniales. El regi-

men dotal, el de la comunidad y por último que sea, dicho de paso es muy poco usado, el de la independencia. Sería alegarnos de nuestro camino averiguar el orígen de éstos sistemas; y establecer cual de de ellos merece la preferencia de los jurisconsultos. Basta á nuestra objeto sentar, que adoptando una legislacion el sistema de la comunidad, otras el de la independencia y otras tal vez, el dotal, surgen los conflictos entre éstas y se siente la necesidad de establecer principios, ya para resolverlos, ya para evitarlos.

Surgen pues conflictas, veamos uno. Figuremos un matrimonio celebrado en un país, que no establece el régimen dotal, pero que si lo establece, la ley nacional del marido. ¿Qué ley deberá organizar los bienes de este matrimonio? ¿Qué ley deberá señalar, qué bienes serán dotales?

Casi todos los tratadistas optan, porque la ley personal del marido debe ser la que organice los bienes matrimoniales; fundan su doctrina, ya en que consideran la asociacion conyugal, en cuanto á los bienes, como un efecto directo de la ley personal del marido, en el momento del matrimonio, como lo dicen Puffendorfo, Schaffner y Boullenois; ya en un convenio tácito entre los esposos, como lo suponen Rocco, Poittier, Demelombe y Mittermaïer.

Sin embargo, D'Argentre y Burge no admiten de un modo tan absoluto ésta doctrina, estableciendo una limitacion, para no ser inconsecuentes con el principio sostenido por ellos, de que la ley del lugar, donde estén radicados los inmuables, es la única que puede regir á es-

tos y así, establecen; que la ley personal del marido, debe regir la asociacion conyugal en cuanto á los bienes; pero que ésta ley, no debe extenderse á los inmuebles situados en otros paises. La legislacion inglesa ha sancionado ésta opinion, desconociendo el efecto de alguna ley extranjera, sobre los inmuebles de la mujer situados en el territorio de su jurisdiccion. Los Estados Unidos sostienen la misma doctrina. El Congreso ya citado estableció en los arts. 14, 15 y 16 del tratado, la siguiente doctrina. Las capitulaciones matrimoniales, celebradas fuera de la República están sujetas á las mismas disposiciones que reglan los contratos. No habiendo capitulaciones matrimoniales, la ley del domicilio conyugal, regirá los bienes muebles de los cónyuges, sea cual fuere el lugar en que aquellos se hallen ó el lugar en que hayan sido adquiridos.

Los bienes inmuebles y los muebles de situacion permanente, se regirán en todo caso por la ley del lugar en que estén situados. Para completar estas disposiciones, debemos citar cual es la regla que el tratado del Congreso de Juristas fija para los contratos, porque como acabamos de ver, á aquellas somete, las capitulaciones matrimoniales, celebradas fuera de la República. Los contratos celebrados fuera de la República serán juzgados en cuanto á su validez intrínseca, y á los efectos jurídicos de sus estipulaciones, por la ley del lugar de su celebracion ; pero si estos contratos por su naturaleza ó por convenio de partes, tuviesen que cumplirse precisamente en la República, se sujeta-

rán á las leyes de ésta. En todo caso, el modo de ejecutarse se rejirá por las leyes de la República.»

Esta doctrina que como se vé, es la que cuenta con la opinion del mayor número, parece la verdadera.

Siendo como lo es universalmente reconocido, que los inmuebles están sujetos á la ley del lugar, no podemos admitir el imperio de la ley personal del marido, para los inmuebles situados en otro lugar.

Así, si existiesen estos, por ejemplo, en distintos paises, tendriamos que averiguar la legislacion de cada país, para averiguar cuales pueden ser ó no considerados como dotales.

Indudablemente que esta misma opinion considerada de un modo absoluto, tiene el inconvenientede carecer de unidad. Conciliando, la conveniencia de respetarla unidad deprincipios, con el principio relativo, á que los inmuebles deben estar sujetos en todo caso á la *lex loci*, han llegado algunos publicistas á esta conclusion. Dicen « si la ley personal del marido proclama la enagenabilidad del fundo dotal y la ley del lugar del mismo la prohibe, debe estarse por el imperio de esta. Conclusion es esta aceptable, porque aunque las cuestiones relativas á los bienes dotales, aparentan ser cuestiones de capacidad, lo son de disponibilidad, pues, las leyes que se oponen para las enagenaciones de bienes dotales, reposan sobre importantes consideraciones sociales; y admitir sobre estas, el imperio de la ley personal del marido, seria, subordinar las garantías de orden social, al impe-

rio de leyes extrañas, lo que á todas luces es inadmisible.

No omitiremos decir, que una vez establecida y reglada los bienes de un matrimonio, no será lícito alterar esa organizacion por un cambio de nacionalidad, porque seria retrotraer el imperio de la nueva ley, alterando derechos adquiridos á la sombra de leyes, que recíprocamente fuesen consideradas como pauta de organizacion, y cuyas disposiciones, como garantías suficientes, de sus recíprocos derechos.

Antes de concluir, detengámonos en una cuestion importante ¿debe la mujer gozar de la hipoteca legal sobre los bienes del marido situados en el extranjero?

Nos encontramos con cuatro opiniones diversas, calurosamente defendidas por notables publicistas.

El señor Fiore partiendo del principio, de que la personalidad jurídica de una persona, debe ser respetada en todas partes; que los derechos legítimamente adquiridos pueden ejercerse en cualquier punto, sin más limitacion que el órden público del lugar, concluye diciendo: que la mujer que goza de la hipoteca legal en los bienes del marido. por la ley que regla los bienes matrimoniales, debe ejercer este derecho, en todas partes.

Merlin, toma la cuestion de un modo inverso, dice: que si la ley nacional de la mujer extranjera no concede este privilegio, debe sin embargo gozarlo, si las leyes de la situacion del inmueble, lo establecen, pues á su juicio, las leyes que tratan de hipoteca, pertenecen al estatuto

real que hiere á todos los inmuebles del territorio de su jurisdiccion, sin tener en cuenta á las personas.

Otros argumentan de éste modo. El establecimiento de la hipoteca legal, en favor de la mujer, no tiene por objeto proteger la propiedad inmueble, sino establecer un privilegio en favor de los intereses pecuniarios de persona determinada; como simple hipoteca, seria el dominio de derecho de gentes, pero como hipoteca legal, en favor de la mujer, es decir como privilegio, es del dominio de derecho civil, y por consiguiente no hay razon alguna para hacerla esclusiva á los extranjeros, pues es simplemente un beneficio personal, que ciertas legislaciones cenceden.

Por último, el señor Foelix, concede á la mujer extranjera la hipoteca legal siempre: 1º que la ley del inmueble la establezca; 2º que la ley del domicilio de la mujer la admita; 3º que exista un tratado entre los dos estados, que permita con reciprocidad, el goce de este derecho, á la mujer casada.

Esta última opinion, adolece á nuestro modo de ver, de los siguientes inconvenientes: en primer lugar, no comprendemos por qué se debe exigir la reciprocidad. Se explica, que se exija cuando se trate de importantes derechos, para la soberanía de un estado; cuando se trate de ciertas regalias que muchas veces se ofrecen á otros estados en homenaje á circunstancias dadas; entónces puede convenir exigir de la otra parte, una justa reciprocidad, pero no, tratándose de intereses privados, tratándose del derecho civil. En esta materia, la justicia debe ob-

servarse independientemente de toda consideracion de reciprocidad.

Tampoco encontramos razon, para la segunda condicion, «que admita la hipoteca, la ley del domicilio de la mujer.» Figurémonos que su ley nacional la permita; que la ley del inmueble la estaclezca tambien, ¿debe desaparecer este derecho por que la ley del domicilio no la est a blezca? No alcanzamos á percibir la razon deésta limitacion.

De las condiciones fijadas por Foelix, la única aceptable es la primera, porque admitir la hipoteca legal á favor de la mujer, cuando la ley del inmueble no la permita, por el solo hecho de establecerla, la ley nacional de la mujer, seria someter los inmuebles á leyes extranjeras y establecer un privilegio á favor de los extranjeros, cuando la ley no lo concede á los nacionales.

La opinion anterior peca por exagerar ese principio, pues, aunque es un privilegio la hipoteca legal á favor de la mujer, ¿por qué no se ha de hacer extensivo á los extranjeros? No encuentro razon alguna. Esto signifiearia conceder á los extranjeros solamente el *jus gentium* de la Antigua Roma; pero las ideas en materia de derechos á favor de extranjeros, se encuentran felizmente mucho más avanzadas.

El señor Fiore sometiendo la cuestion á la ley personal de la mujer, incurre á su vez en los errores que evita Foelix en la primera de sus condiciones.

En resúmen, creemos como Merlin, que si la ley del inmueble la establece, debe permitirse

su ejecucion, aunque no la establezca la ley nacional, sin que pueda admitirse la reciproca, copretende el señor Fiore.

Con lo dicho, creo haber recorrido el plan que trazé; para cuyo término me ha alentado la confianza en vuestra benévola atencion.

Lima, Noviembre 20 de 1885.

JOSÉ PARDO.

V° B°

RIBEYRO.

